

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DISREGARD DOCTRINE

Edilson Pereira Nobre Júnior

Juiz Federal / 4ª Vara - RN.

Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Mestre e Doutor em Direito Público

pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE

Um dos mais promissores resultados da evolução da cultura jurídica foi o elaborar, consolidado nos séculos XVIII e XIX, da teoria que implica no reconhecimento da personalidade a entes coletivos.

Dentre os seus múltiplos reflexos, emerge a autonomia, no que concerne aos direitos e obrigações, entre a pessoa jurídica e os seus integrantes¹, sendo distintos e inconfundíveis os correspondentes acervos patrimoniais.

A constatação de Clóvis Beviláqua é precisa:

A consequencia immediata da personificação da sociedade é distinguil-a, para os effeitos juridicos, dos membros, que a compõem. Pois que cada um dos socios é uma individualidade e a sociedade uma outra, não ha como lhes confundir a existencia².

¹ Essa consequência teve sua explicitação no art. 20, *caput*, do Código Civil de 1916, ao proclamar: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”. Semelhante o art. 39 do Código Civil argentino: “As corporações, associações, etc., serão considerados como pessoas inteiramente distintas de seus membros. Os bens que pertençam à associação, não pertencem a nenhum de seus membros: e nenhum de seus membros, nem todos eles, estão obrigados a satisfazer as dívidas da corporação, se expressamente não se tiverem obrigado como fiadores, ou mancomunado com ela” (Las corporaciones, asociaciones, etc., serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen como fiadores, o mancomunado com ella” (disponível em: www.redetel.gov.ar. Acesso em: 26-05-2007).

² *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. 7ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984. p. 228.

Diversamente do que sucede com a pessoa natural, cuja aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações deriva da dignidade fruída pela qualidade de ser humano, a aceitação da pessoa jurídica decorre de exigências da vida gregária, principalmente sob o fundamento de que determinados objetivos, imprescindíveis ao bem-estar social, somente podem ser alcançados pela comunhão ou associação de várias pessoas.

É patente, pois, a necessidade do atuar da pessoa jurídica harmonizar-se com finalidades lícitas, não proscrias pelo ordenamento. Este, em nenhum momento, vem tolerar a atividade daquele que enverede pela prática de atos contrários ao direito, seja explicitamente, seja de modo tácito através de atos ditos fraudulentos.

O desvio de finalidade, por parte da pessoa jurídica, com vistas a prejudicar direitos de terceiros, é algo que o sistema jurídico visa reprimir. Para tanto, formulou-se antídoto, consistente na desconsideração da personalidade jurídica frente a determinadas situações.

As necessidades de evitar a lesão ao direito de terceiro, em face de atos fraudulentos no âmbito dos negócios jurídicos, conferiu à jurisprudência inglesa e norte-americana a qualidade de precursoras no elaborar da teoria da desconsideração.

Talvez o precedente líder tenha-se relacionado ao julgado *Salomon vs. Salomon & Co* de 1897³. Tal se deu porque Aaron Salomon, afortunado negociante do ramo de calçados, após longo tempo de mercancia, resolveu constituir uma *company* (equivalente a sociedade anônima fechada), juntamente com outros seis sócios, todos seus familiares. Na divisão do capital, a cada um de seus familiares tocou uma cota, enquanto que para Aaron Salomon foram transferidas 20.000 ações, as quais foram integralizadas mediante a transferência de seu fundo de comércio anterior, assumindo ainda aquele a condição de credor com garantia real da sociedade no montante de 10.000 libras esterlinas.

Com pouco mais de um ano de funcionamento, o empreendimento entrou em derrocada, ficando sem satisfação suas dívidas com terceiros. Durante o processo de liquidação, o liquidante, visando proteger o interesse dos credores, todos quirografários, pretendeu o pagamento de indenização por parte de Aaron

³ Narrativa do episódio é encontrada em Rubens Requião (Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 66-67), Caio Mário da Silva (Direito civil – alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 61) e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (In: Alvim, Arruda (Coord.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro – parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1, p. 432).

Salomon, pois a *company* nada mais era senão a continuidade da atividade daquele, tendo-se verificado sua constituição como forma de limitar sua responsabilidade para com terceiros.

Tanto a Corte de Chancelaria quanto a Corte de Apelação acolheram o pedido de indenização sob o argumento de que a empresa era apenas uma fiduciária, ou, mais precisamente, um *agent* ou *trustee* para a atividade empresarial de Salomon. Não obstante, a Casa dos Lordes proveu a recurso de Salomon, sustentando que a *company* havia sido regularmente constituída, com o número de sete sócios, e inexistira a perseguição de objetivo fraudulento. Sendo assim, os sócios haviam proporcionado a existência de um sujeito diverso e, por isso, não se poderia apontar a *company* como um artil para que Salomon pudesse agir irresponsavelmente perante seus credores.

Sem embargo de seu desfecho, o litígio representou, sem sombra de dúvida, um primeiro passo na formulação da teoria da desconsideração, procurando evitar que a personalidade servisse de escudo à fuga da responsabilidade por dívidas.

Outro precedente, já agora dos pretórios norte-americanos, foi o *First National Bank of Chicago vs. F. C. Trebein Company*.⁴ Tudo sucedeu quando Trebein, já insolvente, constituiu pessoa jurídica juntamente com sua esposa, sua filha, seu genro e seu cunhado, transferindo para a nova sociedade todo o seu patrimônio. De seiscentas ações da *corporation* somente quatro delas não pertenciam àquele, cabendo aos seus sócios.

Diante da investida dos credores, alegou-se que a sociedade e Trebein eram pessoas distintas. Diversamente da hipótese anterior, a corte julgadora entendeu por reconhecer que a mudança de titularidade do patrimônio, que passara ao acervo societário, correspondia à tentativa para exonerar aquele do cumprimento de seus débitos pessoais, postura fraudulenta e inadmissível.

Dáí se seguiu a adesão da doutrina, alcançando relevo, dentre outros, o estudo de Rolf Serick, sob o título “Aparência e Realidade nas Sociedades Mercantis”⁵, através da qual seu autor foi alçado à docência da Universidade de Tubingen, passando-se ao plano legislativo, conforme se pode notar do art. 54,

⁴ A leitura do caso pode ser obtida, mais uma vez, de Rubens Requião (*loc. cit.*, p. 68). Também houve menção em Caio Mário da Silva Pereira (*loc. cit.*, p. 60).

⁵ O agradável texto de Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (*loc. cit.*, p. 434-435) indigita escritos precursores.

alínea 3ª, da *Ley* 19.550⁶ de 25 de abril de 1972, a qual, na Argentina, disciplina a atividade das sociedades comerciais⁷.

No solo pátrio, após algumas tentativas voltadas à solidariedade obrigacional⁸, o instituto adveio no art. 28, *caput*, e §5º, da Lei 8.078/90, passando-se pelas Leis 8.884/94 (art. 18) e 9.605/98 (art. 4º)⁹, até culminar com o art. 50 do Código Civil, ao proclamar:

⁶ O texto, que denomina o assunto como a não oponibilidade da pessoa jurídica, está assim redigido: “A atuação da sociedade que encubra a consecução de fins extraordinários, ou constitua um mero recurso para violar a lei, a ordem pública, ou a boa-fé, ou para frustrar direitos de terceiros, imputar-se-á diretamente aos sócios, ou aos controladores que a fizeram possível, que responderão solidária e ilimitadamente pelos prejuízos causados” (La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados). Disponível em: www.jusneuenquien.gov.ar. Acesso em: 14-05-2007).

⁷ Não me parece que o § 43.1, do BGB, tenha positivado desconconsideração de personalidade jurídica. Tal preceito possui a dicção seguinte: “A associação pode perder a sua personalidade jurídica se colocar em perigo o bem comum através de ilegal resolução da assembléia geral ou conduta da direção” (§ 43.1 - The association can be deprived of its legal personality if it endangers the common good by an unlawful resolution of the general meeting or by unlawful conduct of the board). Disponível em: http://www.law.ed.ac.uk/file_download/courses/handouts/LLM/119/1730_germancivilcode.pdf. Acesso em 02.05.2007. A bem da verdade, cuida da perda ou privação da personalidade jurídica, o que, segundo penso, é algo distinto da figura aqui em exame, a qual não implica no desaparecimento do ente moral, mas tão-só no afastamento de sua responsabilidade por dívidas, a ser transferida para os seus integrantes que tenham atuado mediante exercício abusivo de direito ou fraude à lei.

⁸ Foram elas: o art. 2º, §2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, os arts. 10 e 16 do revogado Decreto 3.708/19, os arts. 117 e 158 da Lei 6.404/76 e art. 135 do Código Tributário Nacional. Como observa Marcelo Navarro Dantas (*loc. cit.*, p. 436-437), não se cuida de desconconsideração, mas sim de solidariedade no cumprimento das obrigações. Fixando-se no art. 2º, §2º, da CLT, afirma: “Quer dizer: não se pressupõe a manipulação da pessoa jurídica. Apenas se estipula uma regra de proteção para o empregado, dando a este uma garantia consistente na responsabilidade solidária das várias empresas integradas em um grupo empresarial. Conseqüentemente, não se desconsidera, nem se suprime por um momento que seja a personalidade jurídica de nenhuma empresa. A CLT, nesse ponto, só faz estender, a todas as empresas de um grupo, em matéria laboral, os riscos da atividade econômica de qualquer dos integrantes dessa associação empresarial” (*loc. cit.*, p. 437).

⁹ Eis a redação dos preceitos referenciados: “Art. 28. O juiz poderá desconconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”(…) § 5º Também poderá ser desconconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”; “Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração” e “Art. 4º Poderá ser desconconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”.

Em caso de abuso da personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Atenta ao ritmo com que se houve a teoria e, posteriormente, o legislador, a jurisprudência brasileira, antes do Código Civil vigente e mesmo do Código de Defesa ao Consumidor, já aplicava a desconconsideração da personalidade jurídica quando o ente de direito privado abusava das prerrogativas que lhe proporcionou a personificação.

Dentre os inúmeros julgados, merece ser fixada atenção no deliberado pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no ROMS 15.166 – BA¹⁰, relatado pelo Min. Castro Meira.

A hipótese principiou com a edição da Portaria 650, de 12-09-2000, pelo Secretário de Administração do Estado da Bahia, o qual estendeu à empresa GEG MÓVEIS MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA. os efeitos de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, imposta, em procedimento administrativo regular, à sociedade mercantil COMBAIL LTDA.

Daí a não bem sucedida impetração, pela GEG MÓVEIS MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA, de mandado de segurança, seguida da interposição de recurso ordinário, ao fundamento de que a legislação então vigente, mais precisamente o art. 28 da Lei 8.078/90, não outorga competência à autoridade administrativa para levar a cabo desconconsideração da personalidade jurídica, o que é privativo do Judiciário e, mesmo assim, à luz de relação de consumo.

Ao recurso se negou provimento sob a motivação seguinte: a) a constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto, os mesmos sócios, funcionando no mesmo estabelecimento e com os mesmos empregados, inclusive a nível gerencial, caracteriza abuso de direito e fraude à lei, com vistas a burlar a eficácia que resulta da aplicação de sanção administrativa; b) considerando-se o perfil hodierno que se vem imprimindo ao princípio da legalidade, a evadir-se da severa observância à lei formal, faz com que o atuar em desconformidade com os

¹⁰ DJU de 08-09-2003.

princípios jurídicos, como é o caso da moralidade administrativa e o da indisponibilidade do interesse público, seja atingido pela sanção da invalidade, de sorte a permitir que a Administração, mesmo inexistente lei específica, possa desprezar a personalidade de sociedade empresária cuja formação se dê em homenagem ao abuso de direito e à fraude à lei; c) mesmo antes do acréscimo, pela Lei Complementar 104/2001, de parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional, admitiu-se, não sem resistências, que a Administração Tributária desconsiderasse atos ou negócios jurídicos perpetrados pelos contribuintes com o fim de dissimular a ocorrência de fato gerador, incidindo a tributação sobre a realidade econômica subjacente, e, com isso, é de aceitar-se, por integração analógica, que se dote a Administração da competência para desconsiderar a personalidade de sociedade que venha atuar mediante o signo do abuso de direito, como instrumento capaz de combater a fraude¹¹.

Três indagações são aqui inquietantes. Em primeiro lugar, é interessante saber se a Administração Pública, no sistema jurídico pátrio, possui competência para a medida em causa, ou se esta seria monopólio do Poder Judiciário¹². Num segundo momento, pergunta-se se o princípio da moralidade administrati-

¹¹ A ementa do julgado é elucidativa: "ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL. MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS. – A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei nº 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída. – A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular. – Recurso a que se nega provimento".

¹² Nunca é demais lembrar lição tornada clássica por Caio Tácito acerca da competência como elemento do ato administrativo: "A competência se regula por um sistema jurídico especial que, embora admitindo as condições gerais de capacidade do direito privado, especializa o conceito por meio de aspectos peculiares. Assim, a competência não adere à pessoa do agente, visto que se refere ao conteúdo da função pública. Por outro lado, ao passo que no direito privado a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção, no direito público a competência deve, necessariamente, decorrer de dispositivo expresso atributivo do poder de ação em nome do Estado. A competência é, ainda, uma obrigação funcional, isto é, o agente não dispõe da faculdade de deixar de exercer as suas atribuições, uma vez verificadas as condições legais para a realização, sem prejuízo da latitude de opção que lhe conceda o poder discricionário" (*Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 58).

va, aliado ao da indisponibilidade do interesse público, seria capaz de justificar a ação administrativa, sem que para tanto existisse lei específica. À derradeira, é de saber se a desconsideração da personalidade jurídica, com vistas a estender os efeitos de sanção administrativa a outrem, que não figurou no correspondente procedimento, viola ou não o postulado da individualização da pena.

Passando-se à projeção das respostas, não se pode deixar de considerar que o saber se a Administração possui tal competência assoma da maior relevância. Não se pode esquecer que a competência é elemento essencial à validade da atuação administrativa e que, igualmente, antes da vontade do administrador, há que resultar do sistema de direito.

Não se duvida que a autorização constante do art. 18 da Lei 8.884/94 se mostra restrita à atividade relativa ao controle da concorrência.

Contudo, também não se pode olvidar a constatação de que as normas do direito privado, principalmente aquelas consagradas na codificação civil, são, nalguns pontos, aplicáveis às relações entre a Administração e o administrado.

Tal se dá em face do caráter geral que ostenta o direito civil, o que resulta, em boa parte, de sua ancianidade em face de outros seguimentos jurídicos, sem contar que são inúmeros os vínculos entre aquele e a atividade administrativa.

Precioso o ensinamento de Menezes Cordeiro:

"Pelas suas características, pelas suas tradições, o Direito Civil não é apenas o Direito comum do privatismo: ele opera como Direito comum de toda a ordem jurídica. Quando, nas mais diversas situações, falhem conceitos ou quadros de referência, o Direito civil, enquanto repositório mais geral da instrumentação jurídica, pode acorrer, sendo utilizável, no mínimo, como referência ordenadora"¹³.

Por outro lado, a doutrina, nas primícias da formulação científica do direito administrativo, sempre reconheceu a forte intercessão deste com o direito civil. Não foi à toa que Otto Mayer¹⁴ salientou a existência entre os dois ramos jurídicos de pontos de contato muito numerosos. Para o autor, institutos como

¹³ *Tratado de direito civil português – parte geral (introdução, doutrina geral, negócio jurídico)*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. Tomo I, p. 33.

¹⁴ *Derecho administrativo alemán – parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982. Tomo I, p. 181 e 183. Tradução do original francês *Le droit administratif allemand* por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin.

domínio público, servidões públicas, contratos administrativos¹⁵, indenizações, além de outros, tiveram origem nas regras ordinárias do direito civil, cabendo ao direito administrativo a sua disciplina específica.

Isso sem contar que, no dizer de Otto Mayer, tem “subsistido o princípio de que o Estado e os corpos de administração própria estão, em certa medida, submetidos ao direito civil”¹⁶. Esclarecendo, afirma que, muito embora a lei civil não declare expressamente que se aplica ao Estado, posto o seu texto não ir mais adiante da contemplação dos liames entre particulares, o ente estatal se subordina àquela quando discipline relação jurídica idêntica ou semelhante à estabelecida no direito privado.

Mais moderno, Diogo Freitas do Amaral¹⁷, a despeito de conceber a autonomia do direito administrativo, não nega a existência, num cotejo com o direito civil, de influências recíprocas. Isto decorre ora da circunstância de que muitas matérias, que tradicionalmente eram de interesse privado, tenham assumido, na atualidade, uma significação pública, sendo, por isso, tratadas, ou influenciadas, pelo direito administrativo, ora por simultaneamente assistir-se a um movimento a que se pode denominar de privatização da Administração Pública, à medida que o Estado busca maior eficácia, rendimento e produtividade, o que se realiza mediante a permissão de atuações próprias do direito privado, como o civil, o comercial e o do trabalho.

Nestas plagas, Seabra Fagundes¹⁸ salientou que a estrutura absolutista de Estado, que procurava evadir-se à ordem jurídica, propiciou a preeminência das instituições jurídicas de direito privado, razão pela qual o incipiente direito público, para regular o binômio Estado-indivíduo, procurou apoiar na legislação civil a origem de suas mais relevantes instituições, como foi o caso da teoria das nulidades dos atos administrativos, a responsabilidade estatal por atos ilícitos, a teoria dos funcionários de fato, originária na gestão de negócios, a personalidade jurídica dos entes públicos, entre outros exemplos.

¹⁵ De notar o art. 54, *caput*, da Lei 8.666/93, ao dispor que os contratos administrativos se regulam, demais de suas cláusulas, pelos preceitos do direito público, sem excluir, a nível supletivo, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

¹⁶ “subsistido el principio de que el Estado y los cuerpos de administración propia están, en cierta medida, sometidos al derecho civil” (*Loc. cit.*, p. 184).

¹⁷ *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 169-170.

¹⁸ Da contribuição do Código Civil para o direito administrativo, *Revista Forense*, ano 62, p.5, jan./fev. de 1965.

Mais adiante, o mestre, em clara síntese, forneceu-nos o remate seguinte:

Os princípios gerais expressos no Código Civil são também valiosos para o Direito Administrativo. O ordenamento sistemático e completo de preceitos gerais, traduzidos em linguagem sempre escorreita e as mais das vezes precisa, fazem tais preceitos de grande préstimo para a urdidura e o desate das relações entre Administração e administrado¹⁹.

Nessa interpenetração entre o direito civil e o direito administrativo, um importante ponto de contato consistiu na ré-elaboração²⁰, a partir da Primeira Guerra Mundial, do instituto da revisão dos contratos, com vistas a desmistificar o dogma da *pacta sunt servanda*, o qual, diversamente do que se poderia supor, sucedeu no âmbito da jurisdição administrativa, com ampla repercussão para as contratações privadas.

Tratou-se do famoso aresto da *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, proferido em 30 de março de 1916, pelo Conselho de Estado (Rec. 125, concl. Chardenet²¹), motivado pela exasperada elevação do preço do carvão, decorrente do conflito armado, cuja tonelada se elevara, durante o intervalo de janeiro de 1915 a março de 1916, de 35 para 117 francos. Por essa razão, entendeu-se que a empresa, muito embora devesse continuar a assumir o serviço, somente poderia suportar os encargos que a interpretação razoável do contrato permitisse deixar ao seu cargo, fazendo jus à indenização pela entidade concedente.

¹⁹ *Loc. cit.*, p. 7.

²⁰ De fato, a revisão dos contratos possui antecedentes bem remotos, como é a sua previsão no Código de Hamurabi (Capítulo V, art. 48). Ver, a respeito, João Batista de Souza Lima (*As mais antigas normas de direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 8). Boa retrospectiva do evoluir do tema é encontrada em Celso Antônio Bandeira de Mello (*O equilíbrio econômico nos contratos administrativos*. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas de direito público – estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 1995. p. 109-119).

²¹ A íntegra da decisão, com comentários de Hauriou e Jèze, acha-se em *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (11. ed. Paris: Dalloz, 1996. p.176-177). Mostrou-nos Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. I, p. 676) antecedentes nos julgamentos de 03 de fevereiro de 1905 e 08 de novembro de 1911, relacionados, respectivamente, a concessão de obra pública da cidade de Paris e ao aresto Labeye, juntamente com aquele de 19 de junho de 1914, referente à concessão de serviço público ferroviário do Departamento de Aube.

No particular, tem-se que, mesmo decorrendo de elaboração mais recente, o direito administrativo, ao invés de influenciado, preparou o caminho para a restauração, no campo contratual, do princípio que veda a onerosidade excessiva, cuja explícita consagração, em norma geral, somente veio a ocorrer quase uma centúria após, através do Código Civil de 2002 (art. 478)²².

Assentada tal premissa, o art. 50 do Código Civil, na qualidade de preceptivo de alcance geral, respalda a competência administrativa em se proceder à desconsideração da personalidade jurídica de sociedade civil ou empresária cuja atividade venha a se mostrar prejudicial ao interesse público, ao qual cabe à Administração velar.

É possível objetar, quanto ao ROMS 15.166 – BA, que o art. 28 do CDC não permitia a desconsideração efetuada em sede administrativa, porquanto tal dispositivo estava (e ainda está) inserido em diploma de incidência restrita às relações de consumo, não havendo sua previsão no Código Civil.

A objeção é facilmente rejeitável. Antes mesmo da edição do Código Civil atual, a jurisprudência, no REsp 86.502 – SP²³, reputou a desconsideração como salutar ao aperfeiçoamento da disciplina da pessoa jurídica.

Conforme salientado pela sempre abalizada pena do Min. Ruy Rosado de Aguiar, a quem coube relatar o aresto, a desconsideração resulta do princípio geral da boa-fé, daquele que veda o uso abusivo do direito e ainda da cláusula geral sobre a ordem pública (art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil), permitindo o pontual afastamento da regra do art. 20 do Código Civil então vigente.

²² Não esquecer que a jurisprudência pátria tem aplicado, ao âmbito da Administração, princípios contidos no Código Civil acerca de negócio jurídico, como é o caso da boa-fé. Ver, recentemente, o julgado na AC 321.508-RN: “APELAÇÕES. EXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. NÃO DESFIGURAÇÃO DO OBJETO PACTUADO. I - À interpretação dos contratos administrativos não é estranha a incidência dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado, nos termos do art. 54 da Lei 8.666/93, de sorte a não poder ser desprezado o art. 113 do novo Código Civil, o qual determina a observância da boa-fé e dos usos do lugar de sua celebração. II - O art. 113 do Código Civil dota a boa-fé e o costume de eficácia integradora da vontade contratual, permitindo que esta seja completada no curso da execução do ajuste. Por essa razão, inconcebível que a Administração, em contrato de concessão de uso de área em aeroporto, destinado à comercialização de café expresso, impeça a exposição à venda, além do café propriamente dito, de bebidas, alcoólicas ou não, e outros alimentos que, segundo os usos do lugar, guardem pertinência com o destino do estabelecimento. III - Provedimento da apelação da autora. Improvimento da apelação da ré” (TRF 5ª, 4ª Turma, rel. Desembargador Federal Edilson Nobre (convocado), v.u., DJU de 18/10/2004, p. 843)

²³ STJ, 4ª Turma, v.u., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21.05.1996, DJU de 26.08.96.

Numa ótica diversa, indaga-se se a relevância fruída, a partir de 1988, pela moralidade administrativa, justificaria, só por só, a atuação em debate. O mesmo se pergunta quanto ao postulado do interesse público. Resolução afirmativa se impõe, ressaltando-se sua utilidade como reforço às considerações antes tecidas.

A contar da segunda metade da centúria que se findou, vem se assistindo a uma reviravolta no sistema das fontes do direito. A lei escrita, cujo apogeu coincidiu com a Revolução Francesa, ganhando expansão durante o século XIX, passou a sofrer, em sua autoridade, sensível declínio em prol do ressurgimento, agora sob a consagração nos textos das recentes constituições, dos princípios gerais do direito.

Essa nota veio a se refletir no âmbito do direito administrativo, com vistas a sintonizá-lo com o processo de evolução pelo qual passa o Estado, o que vem facilitado pela circunstância de suas normas carecerem da estrutura codificada, permitindo uma fácil adaptação destas aos princípios gerais.

O fenômeno foi destacado pelas palavras de Juan Carlos Cassagne:

Em todo este processo, grande parte dos princípios gerais do direito natural se incorporou ao direito positivo das constituições modernas. É o que tem ocorrido com os princípios que abriga nossa Constituição, que são fonte primária do direito administrativo, encontrando a maioria de suas instituições seu fundamento direto nos princípios que emergem do preâmbulo e do articulado da Carta Magna²⁴.

Entre nós, o concerto entre a atividade da Administração Pública e a observância de princípios gerais se deu com o art. 37, *caput*, da Constituição de 1988. Neste se vê a acolhida da moralidade administrativa, devendo ser compreendida como um sistema de moral fechado, interno da Administração Pública, a reclamar, no atuar dos agentes públicos, estrita fidelidade à produção de resultados ajustados ao interesse público.

²⁴ “En todo este proceso, gran parte de los principios generales del derecho natural se incorporaron al derecho positivo de las constituciones modernas. Es lo que ha ocurrido con los principios que recoge nuestra Constitución, que son fuente primaria del derecho administrativo, la mayoría de cuyas instituciones encuentran su directo fundamento en los principios que emergen del preámbulo y del articulado de la Carta Magna” (*Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992. p. 20-21).

Com sua adoção explicitada pelo Constituinte, tornou-se indiscutível que a moralidade administrativa há que ser considerada como importante critério para a aferição da legalidade dos atos administrativos. Ingressa, assim, no bloco de juridicidade a que deve respeito o administrador²⁵. De conseguinte, sua aplicação vem sendo capaz de, isoladamente, respaldar a declaração de invalidade de atos administrativos²⁶. Nalgumas vezes, presta-se a fundamentar a edição de decisões administrativas²⁷.

Bastante oportuna referência, na motivação do acórdão comentado, da moralidade como justificadora da decisão administrativa que desconsiderou a personalidade da empresa impetrante, a fim de que fossem estendidos os efeitos de sanção administrativa da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública.

Conforme se vislumbra tanto do art. 28, *caput*, da Lei 8.078/90, quanto do superveniente art. 50 do Código Civil, a incidência da *disregard of the legal entity* tem pleno cabimento quando houver abuso de direito.

Por sua vez, a proscrição ao abuso de direito resulta de imperativo jurídico que tem suporte em determinantes morais. Resulta claro da pena de Georges Ripert e de Jean Boulanger o seguinte remate:

A lei civil não deve permitir que uma pessoa se sirva de seu direito para prejudicar outrem: um princípio de *moralidade superior* comanda, nesse caso, a reparação; ao mesmo tempo, uma consideração de *utilidade social* intervém para sancionar os atos maléficis e danosos²⁸.

²⁵ Não foi em vão que, durante arguição para fins de ser nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal, realizada pelo Senado Federal em 09-05-90, Carlos Mário da Silva Velloso declarou: "Mas o que eu queria dizer, e o faço em apertada síntese, é que a Constituição do Brasil de 1988 ampliou o controle da administração. Vejam a confiança que o Constituinte depositou na Magistratura brasileira. O juiz brasileiro deverá efetivar o controle da administração, não somente sobre o ponto de vista da legalidade, mas, também, da moralidade administrativa. Dir-se-á que esse controle sempre foi possível, por isso que dentre os elementos do ato administrativo, e esses elementos constituem a legalidade, sobressai a finalidade e que na finalidade pode-se incluir o princípio da moralidade" (*Revista de Direito Público*, São Paulo, ano 24, vol. 96, p. 226, out./dez., 1990).

²⁶ STF, 2ª T., RE 206.889 – MG, v.u., rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 13-06-97, p. 26.718; STF, 1ª T., RE 170.768 – SP, v.u., rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 13-08-99, p. 00016; STJ, 5ª T., ROMS 16.733 – MG, v.u., rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 17-11-2003.

²⁷ STF, Pleno, Medida Cautelar na ADC 12 – 6 – DF, mv, rel. Min. Carlos Brito, DJU de 11-09-2006.

²⁸ "La loi civile ne doit pas permettre qu'une personne se serve de son droit pour nuire à autrui: un principe de *moralité supérieure* commande, dans ce cas, la réparation; en même temps une considération d'*utilité sociale* intervient pour sanctionner les actes malfaisants et dommageables" (*Traité de droit civil – obligations & droits réels*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957. Tomo II, p. 366).

Disso resulta liame entre o abuso de direito e instituto de grande valia para a afirmação do direito administrativo, qual seja o *détournement de pouvoir*. A busca, na prática de atos com repercussão jurídica, de motivos ilegítimos ou anormais, estranhos à função normal de um direito subjetivo, é de configurar desvio de finalidade e, igualmente, exercício abusivo duma faculdade jurídica²⁹.

Outro ponto de realce está na circunstância do aresto também haver se apoiado noutro princípio de importância cardeal para o direito administrativo, qual seja o do interesse público.

O cânon, de extração constitucional, em virtude da alusão à impessoalidade, constante do art. 37, *caput*, da Lei Fundamental³⁰, acha-se consagrado no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99, ao disciplinar o procedimento administrativo perante a Administração Pública Federal.

Daí se vê que o interesse público – que, na compreensão de Héctor Escobar³¹, consiste numa maioria de interesses individuais orientada à busca de um valor, proveito ou utilidade que diz respeito à comunidade como um todo – implica, no caso das sanções administrativas, na necessidade de sua harmonização com as liberdades individuais.

Apresenta-se, portanto, contrária ao interesse público a conduta do administrado que, acobertando-se sob o manto da criação de nova pessoa jurídica, persegue evadir-se da imposição de sanção administrativa extrema, a qual teve sua imposição em face de lesão grave ao exercício da atividade administrativa, como é a hipótese da declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, prevista no art. 87, IV, da Lei 8.666/93.

À derradeira, é de notar-se que a extensão dos efeitos de sanção administrativa a pessoa jurídica diversa daquela que sofrera sua imposição de procedimento administrativo regular, não obstante a identidade de sócios, não viola a garantia da individualização da pena, prevista no art. 5º, XLVI, da Constituição.

²⁹ Tal intimidade é incontestada e o seu relato por vários autores não omite essa afirmação. Consultar: Marcel Planiol e Georges Ripert (*Traité pratique de droit civil français - obligations*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1957. Tomo VI, p. 802), Ambroise Colin e Henri Capitant (*Cours élémentaire de droit civil français*. 10. ed. Paris: Librairie Dalloz, 1953. Tomo segundo, p. 237) e, mais recentemente, Gustavo E. Silva Tamayo (*Desviación de poder y abuso de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 133-177).

³⁰ Da leitura de Livia Maria Armentano Koenigstein Zago (*O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 297-300) se constata grande proximidade entre impessoalidade e a necessidade da ação da Administração voltar-se à consecução de finalidade pública.

³¹ *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 195 e 262.

Não obstante inclinação geral a que os direitos fundamentais de natureza penal se aplicam, grosso modo, à competência sancionadora da Administração, há que se ter em mente que tal é de ser ressalvado diante de situações onde a incidência daqueles possa esvaziar a eficácia da pena administrativa.

Conforme se viu, a criação de outra sociedade constituiu a saída encontrada para que a anterior empresa pudesse, de fato, permanecer licitando e contratando com a Administração sem que a declaração de inidoneidade constituísse óbice a tanto. A desconsideração surgiu, então, como a solução tendente a preservar os efeitos da sanção e, com isso, afastar o emprego abusivo de direito subjetivo e preservar o interesse público, cuja satisfação se centra na correção dos procedimentos de licitação e de contratação administrativa³².

Pode-se, à vista do exposto, ver como legítima postura da Administração em lançar mão da teoria da desconsideração da pessoa jurídica para preservar os efeitos de sanção administrativa. Tal é respaldado seja pelos princípios da moralidade administrativa e do interesse público, seja pela possibilidade de invocação da norma geral do art. 50 do Código Civil, a qual constitui salutar desenvolvimento dos mencionados postulados. Está-se, dessa maneira, diante de competência de caráter genérico que extravasa, em muito, os estreitos lindes do art. 18 da Lei 8.884/94.

Por essa razão, o deliberado no ROMS 15.166 – BA representa avanço, otimizando, através da criação judicial, a realização do conteúdo dos princípios regentes da atividade administrativa.

³² Régis Fernandes de Oliveira (*Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 61) chegara a alvitrar a possibilidade da desconsideração da pessoa do infrator no que tange a sanções administrativas.